Tribunal fédéral – 4A_564/2014
I[ère] Cour de droit civil
Arrêt du 11 février 2015 (d)

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Vincent Mignon, Qualité d'employeur lorsque le contrat de travail est conclu au sein d'un groupe de sociétés ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_564/2014, Newsletter DroitDuTravail.ch juin 2015

Newsletter juin 2015

Contrat de travail conclu au sein d'un groupe de sociétés. Légitimation passive. Interprétation selon le principe de la confiance

Art. 18, 319 CO

Qualité d'employeur lorsque le contrat de travail est conclu au sein d'un groupe de sociétés ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_564/2014

Vincent Mignon, docteur en droit, avocat à Neuchâtel

I. Objet de l'arrêt

Cet arrêt traite des rapports de travail au sein d'un groupe de sociétés et notamment de la question de savoir quelle société du groupe possède la qualité pour défendre au procès en paiement du salaire et de certains frais. Interprétation du contrat de travail selon le principe de la confiance (art. 18 CO).

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

B était employé de la Banque A SA à Zurich (ci-après, la Banque A) et a été amené au cours des années à prêter main-forte à la banque A1 Limited (ci-après, la Banque A1), avec siège aux Bahamas, qui était une filiale à presque 100% de la Banque A. Le conseil d'administration de la Banque A1 était composé entre autres de E et de G qui habitaient et travaillaient en Suisse, et qui avaient également le pouvoir d'engager la Banque A par leurs signatures, en qualité de directeurs et membres de la direction.

La Banque A1 offrait la possibilité aux clients de la Banque A de faire des placements aux Bahamas. Les clients étaient principalement conseillés depuis la Suisse où résidaient les conseillers à la clientèle. Face à la pression fiscale internationale liée à ce type de modèles, la Banque A a créé un poste de « *Resident Manager* » afin que les clients puissent être conseillés directement depuis Nassau par un conseiller domicilié sur place. B a postulé pour ce poste en liant sa candidature à certaines conditions, notamment que les cotisations à l'AVS et à la LPP continuent d'être payées en Suisse et qu'une garantie lui soit donnée qu'il retrouverait une place équivalente auprès de la Banque A à son retour.

B et la Banque A1, représentée par E et G, qui avaient aussi mené les négociations, ont signé un contrat de travail en date du 5 janvier 2011 dont le contenu reprenait toutes les

conditions posées par B. Ce contrat a pris effet le 21 mai 2011, date de l'entrée en fonction de B.

Suite à la vente de la Banque A1 à la société K Limited (ci-après, la société K), avec siège au Bahamas, B s'est vu offrir un nouveau poste à Nassau à des conditions plus défavorables. B s'est alors tourné vers la Banque A pour examiner la possibilité d'un retour à Zurich. La Banque A a informé B qu'elle n'était pas en mesure de lui offrir un poste équivalent. La société K a résilié le contrat de travail de B. Sur nouvelle demande de B, la Banque A lui a confirmé qu'elle n'avait toujours pas de place équivalente à lui offrir et contestait une quelconque « responsabilité ».

B a actionné la société K aux Bahamas en paiement de son salaire et d'une indemnité de départ. La procédure s'est terminée par un accord transactionnel aux termes duquel B a reconnu que ses rapports de travail avec la société K avaient pris fin et cette dernière lui a payé une partie de ses prétentions. De retour en Suisse, B a de nouveau postulé auprès de la Banque A, toujours sans succès.

Finalement, B a ouvert action contre la Banque A devant le Tribunal du travail de Zurich en concluant en attendant à ce qu'elle soit condamnée à lui payer le solde de son salaire, respectivement des dommages-intérêts, sous déduction des montants payés par la société K conformément à l'accord transactionnel. Le Tribunal du travail de Zurich a rejeté la demande de B aux motifs notamment que la Banque A1 (puis la société K) était devenue l'employeur de B, de sorte que la Banque A n'avait pas la légitimation passive. Sur recours de B, le Tribunal cantonal de Zurich a annulé le jugement du Tribunal de première instance et a fait droit à l'intégralité des conclusions de B, en considérant en substance que la Banque A était restée l'employeur de B. Sur recours de la Banque A, le Tribunal fédéral admet le recours et rejette la demande de B.

B. Le droit

L'enjeu principal du procès porte sur la légitimation passive de la Banque A contre qui est dirigée l'action en paiement de B, fondée sur le contrat de travail du 5 janvier 2011. Les parties sont d'accord sur le fait qu'elles étaient liées par un contrat de travail jusqu'en mai 2011, mais leurs positions divergent après cette date. B soutient que son contrat de travail a uniquement été modifié dans le sens d'un contrat de détachement avec un nouveau salaire et une nouvelle fonction, de sorte que la Banque A serait restée son véritable employeur après son changement auprès de la Banque A1, éventuellement en coopération avec cette dernière. La Banque A invoque quant à elle que ce contrat de travail a été annulé par acte concluant au plus tard avec l'entrée en fonction de B au service de la Banque A1, laquelle serait devenue son nouvel employeur. Ne pouvant établir une réelle et commune intention des parties sur ce point, le Tribunal cantonal de Zurich est arrivé à la conclusion que le contrat du 5 janvier 2011, interprété selon le principe de la confiance, avait été conclu avec la Banque A (cons. 3).

Après avoir rappelé les règles sur l'interprétation des déclarations de volonté (art. 18 CO) et certaines particularités du contrat de travail dans un groupe de sociétés (cons. 3.1 et 3.2), le Tribunal fédéral a constaté que c'était sans arbitraire dans l'appréciation des preuves et sans violation du droit d'être entendu que le Tribunal cantonal avait considéré qu'il n'avait pas été prouvé en fait la volonté de B de conclure un contrat de travail avec la Banque A1. Le

contrat du 5 janvier 2011 devait donc être interprété selon le principe de la confiance en se plaçant au moment de sa conclusion (cons. 3.3).

Le Tribunal cantonal a tout d'abord considéré que le contrat de travail du 5 janvier 2011 avait été partiellement simulé (art. 18 CO), car l'apparence d'un engagement indépendant de B par la Banque A1 devait être garanti aux Bahamas. B était ainsi fondé à considérer qu'il y avait eu une simulation partielle, à savoir une simulation de la qualité de partie. Le Tribunal fédéral conteste cette appréciation en soulignant qu'il n'existait aucune nécessité de simuler une partie afin de tromper les autorités des Bahamas. Une telle nécessité aurait existé si B, lors des pourparlers, avait insisté pour rester employé de la Banque A. Or les faits retenus ne permettaient pas d'arriver à cette conclusion (cons. 3.4.1).

Le second argument avancé par le Tribunal cantonal concerne l'accord des parties sur le paiement des cotisations sociales. Conformément au contrat conclu, une partie du salaire de B devait être payée en Suisse et B restait assuré pour le premier et le deuxième pilier en Suisse, dans ce dernier cas auprès de la caisse de pension de la Banque A. La totalité des cotisations sociales était payée par la Banque A1. L'instance précédente a considéré que seule la Banque A pouvait poursuivre l'assurance AVS/AI/APG de B, qui permettait également de rester assuré auprès de la caisse de pension. L'exécution de cette partie du contrat n'aurait ainsi pas été possible si B avait été engagé de manière indépendante auprès de la Banque A1. Le Tribunal fédéral juge cet argumentaire peu convaincant et oppose que l'accord selon lequel les cotisations sociales devaient être payées par la Banque A1 n'aurait aucun sens si la Banque A était restée employeur de B. Aucune raison n'explique que la Banque A1 devait supporter le paiement de ces primes, sauf à considérer qu'elle était devenue l'employeur de B. Un accord particulier sur le paiement de ces cotisations n'aurait ainsi aucun sens si la Banque A était restée l'employeur de B, car dans un tel cas de figure, même avec un contrat modifié, B serait resté assuré en Suisse. Il n'est également pas décisif que l'employeur suisse continue de payer les primes, même lorsque cela n'est pas admissible sous l'angle du droit des assurances sociales (cons. 3.4.2).

L'instance précédente se fonde également sur la clause de retour contenue dans le contrat de travail pour affirmer que celle-ci ne pouvait lier que la Banque A et donc que c'est elle qui était bien partie au contrat de travail conclu en janvier 2011. Le Tribunal fédéral rejoint l'instance précédente en affirmant que c'est bien l'ancien employeur qui garantit le retour et non pas une autre société du groupe. Ainsi, et selon le principe de la bonne foi, B devait comprendre que cette obligation était dirigée contre la Banque A, d'autant plus que les personnes qui avaient signé pour la Banque A1 étaient également organe de la Banque A. Toutefois, le Tribunal fédéral ajoute que si c'était bien la Banque A qui était obligée par la clause de retour, cela ne signifiait pas encore que B pouvait partir du principe qu'il concluait le contrat du 5 janvier 2011 dans son intégralité avec la Banque A (cons. 3.4.4).

Enfin, le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur la conclusion de B tendant à ce que la cause soit renvoyée à l'autorité inférieure pour le cas où la légitimation passive de la Banque A serait niée afin qu'elle adjuge ses conclusions sur la base d'un autre fondement juridique (la clause de retour, les règles sur la société simple, le principe de transparence (*Durchgriff*), une *culpa in contrahendo* ou une déclaration de patronage), faute notamment de ne pas avoir fait valoir une demande en dommages et intérêts fondée sur l'inexécution de la clause de retour et d'avoir satisfait aux exigences de motivation de son dommage, respectivement du lien de causalité (cons. 4).

III. Analyse

Le droit suisse ne connaît pas la notion de groupe de sociétés (« Konzern ») que l'on peut définir comme un ensemble de sociétés juridiquement indépendantes placées sous une direction économique unique[1]. Le groupe de sociétés n'a pas la personnalité juridique et en tant que tel n'a pas non plus la qualité d'employeur[2]. Néanmoins, un travailleur peut être amené à fournir sa prestation de travail à plusieurs sociétés du groupe. Il n'est donc pas toujours aisé, comme le montre l'arrêt, de déterminer avec quelle société le contrat de travail est conclu.

Le Tribunal fédéral confirme sa jurisprudence et rappelle qu'est employeur la personne physique ou morale qui, en vertu d'un contrat de travail, a droit aux prestations du travailleur, est habilité à lui donner des directives, et assume tous les droits et obligations découlant de ce rapport contractuel[3]. Il n'est donc pas déterminant de savoir qui paye le salaire[4] ou quelles sont les qualifications opérées par les autorités des assurances sociales ou du droit fiscal[5]. Selon une conception traditionnelle, les rapports de travail ne sont en principe noués qu'avec un seul employeur et donc qu'avec une seule société du groupe[6].

Dans le cas présent, le travailleur soutenait qu'il avait été détaché à l'étranger dans une filiale de la société mère et donc que son contrat de travail existant avait été modifié, mais n'avait pas pris fin. Le Tribunal fédéral conteste cette position, à notre avis à juste titre. En effet, dans le cadre d'un détachement, le travailleur reste lié contractuellement avec son employeur, un contrat de travail n'est pas conclu avec la société du groupe qui l'accueille, le détachement est limité dans le temps et le droit de donner des directives est délégué. En l'occurrence, B savait qu'en raison de certaines pressions internationales, il ne pouvait plus rester employé de la Banque A pour le poste en question, mais devait au contraire être engagé aux Bahamas. Le contrat de travail a été conclu au nom de la Banque A1, sans qu'il n'y ait eu simulation de partie, en utilisant son papier en-tête, en prévoyant son entrée en fonction et en réglant les conditions de résiliation. De plus B n'a pas contesté le bien-fondé de la résiliation de son contrat de travail par la Société K, a actionné cette dernière en paiement de son salaire et a reconnu dans un accord transactionnel que ses rapports de travail avec elle avaient pris fin. Enfin, il n'a pas été allégué et prouvé que B ne devait être au service de la Banque A1 que pour une période déterminée ou que le droit de donner des directives aurait été délégué[7].

Toutefois, une fois qu'il est établi qu'un contrat de travail a été conclu avec la Banque A1, il se pose alors la question de savoir si le contrat de travail avec la Banque A est demeuré en vigueur ou au contraire a pris fin. Il n'a été ni allégué ni prouvé que le contrat de travail conclu avec la Banque A était un contrat-cadre qui devait être complété par des contrats de

---

1 Arrêt de la Cour de justice de Genève du 14 octobre 2011, cons. 2.1.2, in : JAR 2012, p. 461, 466. JEAN-PHILIPPE DUNAND, Commentaire du contrat de travail, Dunand/Mahon (éd.), Berne 2013, art. 319 CO, N 81.

2 Arrêt du Tribunal fédéral 4C.158/2002 du 20 août 2002, cons. 2.3, in : JAR 2003, p. 181.

3 Arrêt du Tribunal fédéral 4C.158/2002 du 20 août 2002, cons. 2.3, in : JAR 2003, p. 181.

4 Arrêt du Tribunal fédéral 4C.41/1999 du 12 juillet 200, cons. 4.

5 DUNAND, op. cit., N 46 ; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7e éd., Zürich 2012, art. 319 CO, N 2.

6 DUNAND, op. cit., N 83, et l'arrêt du Tribunal fédéral cité.

7 Sur cette question, v. not. arrêt du Tribunal fédéral 4C.158/2002 du 20 août 2002, cons. 2.3, in : JAR 2003, p. 181.

travail avec les filiales ou que ce contrat devait uniquement être suspendu pendant que B était à l'étranger. B aurait alors pu soutenir qu'il avait conclu le contrat de janvier 2011 avec les deux banques, soit sous la forme d'un contrat uniforme, soit par la conclusion de deux contrats de travail parallèles. Cela aurait été d'autant plus pertinent que les personnes qui ont signé pour engager la Banque A1 étaient également organes de la Banque A. Néanmoins, nous devons constater que B n'a semble-t-il pas abordé le problème sous cet angle. Ensuite, B n'a ni allégué, ni prouvé, quelles prestations de travail il aurait continué à fournir à la Banque A pendant qu'il se trouvait aux Bahamas. Enfin, lorsque le travailleur a deux employeurs en vertu de deux contrats parallèles, ils forment une société simple (art. 530 ss CO) et répondent solidairement de l'ensemble des dettes envers le travailleur, et non uniquement par moitié (art. 544 al. 3 CO)[8]. Une telle solidarité devrait également être reconnue si les sociétés s'engagent en commun dans un contrat uniforme (art. 143 CO). Bien que l'arrêt n'en parle pas, il aurait été intéressant dans ce cas de figure de déterminer la portée de l'accord transactionnel conclu entre B et la Banque A1 aux Bahamas. En effet, si cette transaction avait été faite pour solde de tout compte, ce qui aurait été vraisemblable, elle aurait pu avoir un effet libératoire à l'égard du débiteur solidaire qu'aurait été la Banque A[9]. L'action de B aurait donc pu être rejetée pour ce motif.

Le Tribunal fédéral confirme également sa jurisprudence en lien avec le droit des assurances sociales[10]. Seules les personnes qui travaillent à l'étranger pour le compte d'un employeur dont le siège est en Suisse et qui sont rémunérées par lui, peuvent rester assurées à l'AVS, pour autant qu'il y consente (art. 1a al. 3 let. a LAVS ; assurance obligatoire continuée). Le travailleur qui n'est que partiellement rémunéré par l'employeur suisse peut continuer l'assurance en Suisse à condition que l'employeur suisse s'acquitte également des cotisations dues sur le salaire versé par l'entreprise étrangère[11]. A défaut, le travailleur ne pourra pas rester affilié en Suisse sauf si les conditions d'une adhésion à l'AVS/AI facultative sont remplies, ce qui lui permettra également de s'assurer facultativement à la LPP. En l'occurrence, les cotisations n'ont pas été payées par la Banque A, mais par la Banque A1. Le fait de devoir s'affilier facultativement à l'AVS/AI et que la Banque A1 paye ces cotisations étaient bien un indice supplémentaire que le contrat de travail avec la Banque A avait pris fin.

Enfin, le dernier point intéressant concerne la clause de retour. Le Tribunal fédéral précise que c'est le précédent employeur qui peut garantir le retour du travailleur. Puisque les personnes qui ont signé le contrat étaient à la fois organes de la Banque A et de la Banque A1, cette clause, interprétée selon le principe de la confiance, obligeait directement la Banque A[12]. Il existait donc dans le contrat de travail conclu avec la Banque A1, une clause indépendante conclue avec la Banque A. Bien que B n'ait pas rempli les exigences de motivation pour agir en exécution de cette clause, il n'aurait très vraisemblablement pas obtenu gain de cause sur le fond. En effet, la clause était rédigée de façon extrêmement

---

8 Arrêt du Tribunal fédéral 4C.41/1999 du 12 juillet 2000, cons. 4.

9 V. not. ATF 133 III 116 = JdT 2008 I 143.

10 V. ATF 106 V 219.

11 Memento 10.01 de l'AVS/AI, International, Salariés à l'étranger et les membres de leur famille, état au 1er janvier 2015, ch. 26.

12 Pour une clause de retour auprès de la société-mère conclue entre le travailleur et la filiale, v. l'arrêt du Tribunal fédéral 4C.62/2006 du 21 avril 2006.

vague et bien peu contraignante, de sorte qu'il est douteux que B aurait réussi à en obtenir l'exécution.

Au vu de tout ce qui précède, il apparaît donc que les parties seront bien inspirées de porter un certain soin à la rédaction de leurs contrats lorsqu'un travailleur doit aller exécuter sa prestation de travail pour une ou plusieurs sociétés d'un groupe de sociétés. Nous ne saurions également que trop conseiller de rédiger les éventuelles clauses de retour de façon aussi précise que possible (pour quand le retour est prévu, auprès de quelle société, pour quel poste, à quelles conditions, etc.) afin d'en permettre cas échéant leur exécution judiciaire. Pour autant qu'il soit également possible de le négocier, il serait opportun de prévoir les conséquences qui découleraient du non-respect de cette clause. Nous pourrions par exemple envisager que l'employeur doive payer au travailleur une indemnité d'un montant au moins équivalent au salaire qu'il aurait reçu durant son délai de congé, y compris le droit aux vacances, la part au 13^{e} salaire, et autres avantages qui auraient pu y être liés.